

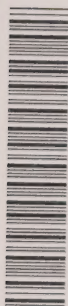


Department
of Justice

Ministère
de la Justice

Government
Publications

CAI
YXJ
83C151




3 1761 11711673 1

THE CONSTITUTION OF CANADA

A SUGGESTED AMENDMENT RELATING
TO PROVINCIAL ADMINISTRATIVE TRIBUNALS

A Discussion Paper

The Honourable Mark MacGuigan, P.C., Q.C., M.P.
Minister of Justice and Attorney General of Canada



Digitized by the Internet Archive
in 2023 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761117116731>

THE CONSTITUTION OF CANADA

A SUGGESTED AMENDMENT RELATING TO PROVINCIAL ADMINISTRATIVE TRIBUNALS

A Discussion Paper

The Honourable Mark MacGuigan, P.C., Q.C., M.P.
Minister of Justice and Attorney General of Canada

August 1983



PROVINCIAL ADMINISTRATIVE TRIBUNALS AND THE CONSTITUTION

1. *The Nature and Growth of Administrative Tribunals*

The last half century has seen a tremendous growth of administrative tribunals, in Canada as in most other countries sharing our legal systems. They are found in large numbers in both federal and provincial governmental structures. They may consist of one or more persons and may exercise vastly divergent powers. They are often created to deal with new kinds of social or economic problems, or to deal with old problems in a way not familiar to the Fathers of Confederation in 1867.

This paper will focus on provincially-created tribunals, and in particular on those on which provincial legislatures may seek to confer powers of a judicial nature. Because of certain provisions of the *Constitution Act, 1867*, particularly Section 96, limits have been imposed on the discretion otherwise available to provinces in creating tribunals and agencies for the administration of their laws.

2. *Constitution Act, 1867, Section 96*

This section reads as follows:

96. The Governor General shall appoint the Judges of <sup>Appointment
of Judges</sup> the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

While the federal authorities therefore appoint the judges of the provincial courts referred to in Section 96, it is the provincial legislatures which provide for the "constitution, maintenance, and organization" of those courts pursuant to Section 92[14] of the *Constitution Act, 1867*. This dual régime, where both orders of government are involved in the operation of the superior, district or county courts, strengthens the appearance of independence of those courts. This independence is further reinforced by other sections of that Act: especially Section 99, which guarantees security of tenure for judges of superior courts, and Section 100 which requires Parliament to fix and provide for the salaries of judges of Section 96 courts.

Section 96 is therefore seen as a guarantee of judicial independence for the courts covered by it. Related to, and perhaps because of, this pro-

tected position of Section 96 courts, it has come to be recognized more and more that the superior courts at least cannot constitutionally be denied certain forms of supervisory powers to ensure obedience to the constitution.¹ Any proposed constitutional change in Section 96 must therefore be examined with caution, to ensure that this special role of superior courts is not unduly affected.

3. *Provincial Government Concerns*

Several provincial governments, while accepting the general principle of judicial independence and the importance of the superior court role, find Section 96 to be unduly restrictive. Apart from its function as the source of the federal appointing power, this section has been used as an implied limitation on the power of provincial legislatures to assign functions to administrative tribunals. Where such functions are found to be essentially superior court functions, their assignment to a tribunal is invalid because it is said to constitute the creation of another superior court whose members are appointed, not by the Governor General in accordance with Section 96, but by provincial authorities. It is argued that such a limitation unduly restricts provincial choice of techniques and instruments for the administration of provincial laws. It is also argued that at best the nature and extent of this limitation is hard to define, with resulting uncertainty in provincial administration. An examination of some of the leading cases on Section 96 may assist in assessing these concerns.

4. *Jurisprudence on Section 96*

In the *Adoption Reference*², an early leading case on Section 96, the Supreme Court held that while the jurisdiction of inferior courts was not frozen at the limits in existence in 1867 and increases in jurisdiction or the establishment of new provincially appointed courts were within the legislative competence of the provinces, the new jurisdiction should broadly conform to a type of jurisdiction generally exercisable at Confederation by courts of summary conviction rather than a jurisdiction then exercised by courts now within the purview of Section 96.

In the *John East* case³ the Privy Council examined the position of provincial administrative tribunals in the course of considering the power of

¹ See, e.g., *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, 236; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia* (1982), 137 D.L.R.(3d) 1, 16-17.

² [1938] S.C.R. 398.

³ *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works*, [1949] A.C.134, 111 Olmsted 557.

the Saskatchewan Labour Relations Board to order the reinstatement of an employee. The Privy Council approved the reasoning in the *Adoption Reference*, but varied its criteria slightly. It held that the question for determination was (a) whether the board exercises judicial powers; and (b) if so, whether in that exercise, it is a tribunal analogous to a superior, district or county Court. This has been viewed as a more favourable test for provincial administrative tribunals in that it appears to be more adaptable to changing needs.⁴

While this general test has been followed fairly consistently, the need for flexibility in allowing for the implementation of valid provincial objectives has rendered the definition of what is analogous to an 1867 superior court difficult to assess.⁵ It has been said that courts have frequently taken account of the context within which the impugned power was exercised and frequently upheld the power on the basis that it was an integral part of that context. It now seems to be the accepted position that provincially appointed tribunals may validly exercise their powers so long as they are primarily administrative and not judicial bodies and so long as the exercise of the questionable power is merely incidental to the efficient implementation of legislative policy.⁶ The present state of the law may be illustrated by reference to some of the more recent cases decided in the Supreme Court of Canada.

In *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*⁷, the Supreme Court was concerned primarily with the validity of Section 49 of the *Nova Scotia Trade Union Act*⁸ which authorizes the province's Labour Relations Board and its subsidiary body, the Construction Industry Panel, to issue cease and desist orders and orders of an affirmative nature in respect of a strike or lock-out prohibited by the Act, or in respect of a jurisdictional dispute over the assignment of work. It was argued that the power to issue cease and desist orders and allied mandatory orders was equivalent to a power to grant an injunction which has been traditionally a power of the superior court. However, viewing the matter in the context of the legislation which provided for continuing efforts towards dispute settlement both before and after the issue of any such order, the Supreme Court held that the power to issue orders conferred by Section 49 did not

⁴ Cf. *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714, 730 - 731.

⁵ Cf. *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127; *City of Toronto v. Olympia Edward Recreation Club*, [1955] S.C.R. 454; *Dupont v. Inglis*, [1958] S.C.R. 535; *Attorney General for Ontario and Display Service Co. v. Victoria Medical Bldg.*, [1960] S.C.R. 32; *Attorney General of British Columbia v. McKenzie*, [1965] S.C.R. 490; *Séminaire de Chicoutimi v. City of Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681.

⁶ BRUN and TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 1982 pp.507-508.

⁷ [1977] 1 S.C.R. 112.

⁸ S.N.S. 1972 c.19;

violate the precepts attached to the interpretation of Section 96, since it was remedial only and should be given a large interpretation to assist the administrative agency to induce or compel settlement of a dispute which had led to an activity declared illegal by the *Trade Union Act*. It was the administrative arrangements in which the provision appeared, not the impugned section in isolation, which determined its validity.

Section 58(a) of the *Quebec Transport Act*⁹ under consideration in *Attorney General of Quebec v. Farrah* gave to the Transport Tribunal of that province "jurisdiction, to the exclusion of any other court, to hear and dispose of, in appeal, on any question of law, any decision of the [Transport] Commission which terminates a matter." Both the Quebec Superior Court and Court of Appeal¹⁰ held that this exclusive and final appellate jurisdiction on any question of law was *ultra vires* as being in conflict with Section 96, since it conferred a jurisdiction which could only be exercised by a superior court. The Supreme Court of Canada affirmed this conclusion.¹¹ It stated that it was open to a province to endow an administrative agency, which has adjudicative functions, with power to determine questions of law in the exercise of its authority under a valid provincial regulatory statute, and also to establish as part of a valid regulatory statute an administrative tribunal of appeal empowered to make decisions on questions of law in the course of exercising its appellate functions with respect to decisions of the first level of tribunals. However, the Supreme Court held the province had gone further by ousting the supervisory and review authority of the superior courts, and in such manner infringed upon Section 96.

Section 162 of the *Quebec Professional Code*¹², under consideration in *Crevier v. Attorney General of Quebec* established the Professions Tribunal as a general tribunal of appeal from the Discipline Committees of the 38 professions covered by the legislation. It provided as follows:

A Professions Tribunal is established, composed of six judges of the Provincial Court designated by the chief judge of such Court who shall designate a chairman among them.

An appeal shall lie to such tribunal from any decision of a committee on discipline, by the plaintiff or the respondent.

Under Section 175 of the Code, the tribunal was empowered to confirm, alter or quash any decision submitted to it and render the decision which

⁹ L.Q. 1972, c.55.

¹⁰ [1976] C.A. 467.

¹¹ [1978] 2 S.C.R. 638.

¹² R.S.Q. 1977, c.C-26.

it considered should have been rendered in first instance. These powers extended in effect to grounds of law or fact and jurisdiction. The tribunal's decisions were final.

The Supreme Court¹³ considered the scheme of the Act to offend Section 96. The Chief Justice stated:

In my opinion, when a provincial Legislature purports to insulate one of its statutory tribunals from any curial review of its adjudicative functions, the insulation encompassing jurisdiction, such provincial legislation must be struck down as unconstitutional by reason of having the effect of constituting the tribunal a s.96 court.¹⁴

This was the first time that the Court had declared unequivocally that a provincially-constituted statutory tribunal could not constitutionally be immunized from review of decisions on questions of jurisdiction.¹⁵

The Supreme Court also found that the Professions Tribunal had no other function than that of a general tribunal of appeal in respect of the professions designated in the Code. This jurisdiction could not be justified as part of an institutional arrangement for the regulation of the professions, and on this basis the case should be distinguished from the situation in the *Tomko* case.¹⁶

The Ontario *Residential Tenancies Act, 1979*¹⁷ which was the object of a reference, established a Residential Tenancies Commission whose central function was that of resolving disputes, in the final resort by a judicial form of hearing between landlords and tenants. Among the powers conferred upon the Commission were the powers to make orders evicting tenants from residential premises and require landlords and tenants to comply with obligations imposed under the Act. On a reference from the Ontario Executive Council the Ontario Court of Appeal¹⁸ found the grant of these powers *ultra vires*. The Supreme Court affirmed this opinion.¹⁹ The Court appears to have used this appeal to make a restatement of its views on the ambit of Section 96. A three-step test was applied for determining the validity of a provincial measure granting power to a provincially-appointed tribunal:

¹³ [1981] 2 S.C.R. 220.

¹⁴ *Idem*, p. 234.

¹⁵ *Idem*, p. 236, the Chief Justice's statement.

¹⁶ *Idem*, p. 233.

¹⁷ S.O. 1979, c.78.

¹⁸ (1980) 26 O.R.(2d) 609; (1980), 105 D.L.R.(3d) 193.

¹⁹ [1981] 1 S.C.R. 714.

- 1° Is the power broadly conformable to the jurisdiction formerly exercised by Section 96 courts? If not, the law is *intra vires*. If the power is identical or analogous to a power exercised by a Section 96 court at Confederation, one should proceed to step 2.
- 2° Can the function still be considered a "judicial" one when viewed within the institutional setting in which it appears? If not, the law is *intra vires*. If so, one should proceed to the third step.
- 3° If the power or jurisdiction is exercised in a judicial manner, is that power merely subsidiary or ancillary to the general administrative function of the tribunal or necessarily incidental to the achievement of a broader policy goal of the legislature, in which case it will be valid, or is it the sole or central function of the tribunal, in which case it will be held to be invalid.

Applying these tests the Supreme Court found that (1°) the making of orders such as the impugned eviction and compliance orders was historically a function of Section 96 courts; (2°) the function conferred on the Residential Tenancies Commission was essentially a judicial one; and (3°) the central function of the Commission was dispute settlement by means of a formal hearing between landlord and tenant, and none of the other provisions of the Act created a legislative scheme in which this function could be subsumed to an administrative purpose. The powers conferred upon the Commission were thus in conflict with Section 96.

This statement of the tests to be applied in Section 96 cases reduces the confusion which formerly attended such matters. By recognizing legislative policy goals as a criterion for establishing the validity of a power or function, the statement goes a long way towards limiting the effects of Section 96 except in obvious attempts to circumvent it.

5. *Summary of Present Position*

Following these cases, it would seem that the provinces are now in a position to create administrative tribunals with adjudicative powers provided the powers are merely ancillary to an administrative function or necessarily incidental to the achievement of a policy goal of the legislature.

The dispute-resolving function of the Residential Tenancies Commission was not ancillary to an administrative function. The Professional Tribunal's exclusive right to hear appeals from the Discipline Committees and that of the Quebec Transport Tribunal with respect to decisions of the Transport Commission were not necessarily incidental to the attainment of a policy goal of the legislature.

Yet some provinces remain critical of Section 96 for a number of reasons. They are concerned about the uncertainty it creates concerning the ability of the provinces to confer effective powers upon provincially appointed tribunals. Some find it an annoying anachronism to use in any way the pre-1867 powers of the Section 96-type courts as a criterion for establishing a valid tribunal. Others would wish their legislatures to be completely free to determine the forum in which, and bases on which, the decisions of their administrative tribunals will be reviewed.

6. *Suggested Amendment to the Constitution Act, 1867*

Federal and provincial Attorneys General and Ministers of Justice of Canada have been concerned with this issue for some time. It has been discussed at various constitutional conferences since 1978.

Certain principles were suggested in the course of these discussions which appeared to command considerable provincial support. They were to the effect that the Constitution should

- (1) guarantee the existence of a superior court of general jurisdiction in each province;
- (2) guarantee the independence of the judiciary;
- (3) enable a province to establish bodies to administer the application of its laws;
- (4) enshrine the power of judicial review in the superior court of general jurisdiction; and
- (5) provide that there not be a dual system of courts.

In the course of these discussions, with a view to assisting all concerned to focus on the points at issue, a draft new Section 96B of the *Constitution Act, 1867* was prepared. Representatives of the federal and provincial governments examined the principles set out in the draft. The Minister of Justice for Canada has, for his part, decided to consult publicly to obtain further views on the matter.

The suggested new section reads as follows:

96B. (1) Notwithstanding section 96, the Legislature of each Province may confer on any tribunal, board, commission or authority, other than a court, established pursuant to the laws of the Province, concurrent or exclusive jurisdiction in respect of any matter within the legislative authority of the Province.

Power of
Legislature
to confer
jurisdiction
on tribunals,
etc.

(2) Any decision of a tribunal, board, commission or authority on which any jurisdiction of a superior court is con-

Review by a
superior

ferred under subsection (1) is subject to review by a superior court of the Province for want or excess of jurisdiction.

.....

Attribution de
compétence par
les législatures
aux autorités
administratives

96B. (1) Par dérogation à l'article 96, la législature d'une province peut, dans les domaines ressortissant à son pouvoir législatif, attribuer compétence concurrente ou exclusive à tout tribunal, organisme ou autre autorité non judiciaire constituée en vertu d'une loi de la province.

Pouvoir des
cours
supérieures

(2) Les décisions de autorités à qui a été attribuée compétence de cour supérieure en vertu du paragraphe (1) sont susceptibles de révision par une cour supérieure de la province pour défaut ou excès de pouvoir.

Proposed new Section 96B would allow the provinces to confer on their tribunals, boards, commissions or other authorities, other than courts, a jurisdiction analogous to that of a superior court, for the administration of provincial laws. Yet the most essential role of the superior courts would be preserved, namely their supervisory function to ensure that the rule at law shall prevail.

It is necessary to consider some aspects of the draft in more detail.

“Court” vs. “Tribunal”

The tribunal would not be a court. To provide otherwise could give rise to the total undermining of Section 96 by opening the door to a transfer of superior court functions to another court. It is for consideration whether this wording is sufficient to protect superior courts.

The word “court” seems to have an accepted content although there have been difficulties in evolving a specific definition. The trappings are not necessarily determinative, as it would appear that although administrative tribunals may have many of the trappings of a court they can be differentiated. Acting judicially is not the sole criterion, as a “tribunal may act judicially, but still remain an administrative tribunal as distinguished from a Court, strictly so-called.”²⁰ In a leading case on the question, the Privy Council noted:

[I]t may be useful to enumerate some negative propositions on this subject: 1. A tribunal is not necessarily a Court in this strict sense

²⁰ *Shell Co. of Australia v. Federal Commissioner of Taxation*, [1931] A.C. 275, 298 (P.C.), Lord Sankey.

because it gives a final decision. 2. Nor because it hears witnesses on oath. 3. Nor because two or more contending parties appear before it between whom it has to decide. 4. Nor because it gives decisions which affect the rights of subjects. 5. Nor because there is an appeal to a Court. 6. Nor because it is a body to which a matter is referred by another body. See *Rex v. Electricity Commissioners* ([1924] 1 K.B. 171).²¹

This negative definition was subsequently approved in a Manitoba case by Dennistoun J.A.²²

A more complete definition of an administrative tribunal as compared to a judicial tribunal, a court, has been given by the Ontario Court of Appeal quoting from a study by D.M. Gordon on "Administrative Tribunals and the Courts". Masten J.A. held:

The distinction between a judicial tribunal and an administrative tribunal has been well pointed out by a learned writer in 49 *Law Quarterly Review* at pp.106, 107 and 108:

"A tribunal that dispenses justice, *i.e.* every judicial tribunal, is concerned with legal rights and liabilities, which means rights and liabilities conferred or imposed by 'law'; and 'law' means statute or long settled principles. These legal rights and liabilities are treated by a judicial tribunal as pre-existing; such a tribunal professes merely to ascertain and give effect to them; it investigates the facts by hearing 'evidence' (as tested by long-settled rules), and it investigates the law by consulting precedents. Rights or liabilities so ascertained cannot, in theory, be refused recognition and enforcement, and no judicial tribunal claims the power of refusal.

"In contrast, non-judicial tribunals of the type called 'administrative' have invariably based their decisions and orders, not on legal rights and liabilities, but on policy and expediency.

"A judicial tribunal looks for some law to guide it; an 'administrative' tribunal, within its province, is a law unto itself."²³

This view was also adopted by Barlow J. of the Ontario High Court.²⁴

²¹ *Ibid*, p.297.

²² *In re Farmers Creditors Arrangement Act, 1934*, [1937] 1 W.W.R. 535, 537 (Man. C.A.).

²³ *Re Ashby et al.*, [1934] O.R. 421, 428 (Ont. C.A.).

²⁴ *Re Ness and Incorporated Canadian Racing Associations*, [1946] O.W.N. 54, affirmed [1946] O.R. 387(C.A.).

An administrative tribunal may exercise powers similar to those of a court. Lord Atkin noted that “the powers of examination, inspection and discovery of documents, even though couched in terms of similar powers of a Court of Justice, are not inconsistent with the powers of an administrative body whose duty it may be to ascertain the facts with which they are dealing.”²⁵

The Supreme Court of Canada acknowledged the difference between courts and administrative tribunals in interpreting the language rights established in section 133 of the *Constitution Act, 1867*. The Court held that the guarantees should extend to administrative tribunals although they are not courts in the traditional sense. It held that:

[T]he reference in s.133 to “any of the Courts of Quebec” ought to be considered broadly as including not only so called s.96 Courts but also Courts established by the Province and administered by provincially-appointed Judges. It is not a long distance from this latter class of tribunal to those which exercise judicial power, although they are not courts in the traditional sense. If they are statutory agencies which are adjudicative, applying legal principles to the assertion of claims under their constituent legislation, rather than settling issues on grounds of expediency or administrative policy, they are judicial bodies, however some of their procedures may differ not only from those of Courts but also from those of other adjudicative bodies. In the rudimentary state of administrative law in 1867, it is not surprising that there was no reference to non-curial adjudicative agencies. Today, they play a significant role in the control of a wide range of individual and corporate activities, subjecting them to various norms of conduct which are at the same time limitations on the jurisdiction of the agencies and on the legal position of those caught by them. The guarantee given for the use of French or English in Court proceedings should not be liable to curtailment by provincial substitution of adjudicative agencies for Courts to such extent as is compatible with s.96 of the *British North America Act*²⁶.

The meaning given to “court” was clearly extended in this case so that the intent of Section 133 would not be defeated. It would seem that the proviso in draft section 96B is concerned with “courts in the traditional sense” and not the “non-curial adjudicative agencies.”

The above draft of a proposed Section 96B assumes that our courts would be able to devise a useful distinction between “courts” and “tribunals”.

²⁵ *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415, 428; III Olmsted 266, 277-278.

²⁶ *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, 1028.

Jurisdiction Assignable to Tribunals

Considering the draft further, it will be noted that the jurisdiction conferred may be exclusive or concurrent, but solely for the administration of provincial laws. The administration of federal laws and the Constitution of Canada are not affected.

Scope of Guaranteed Superior Court Jurisdiction

Sub-section 96B (2) would guarantee the power of judicial review of such tribunal decisions in a superior court of the province in all cases of "want or excess of jurisdiction". Without this provision, it might be argued that the entire jurisdiction of the superior court judges could be transferred to provincial tribunals.

Judicial review is a fundamental principle of the Canadian legal system which guarantees the observance of the rule of law. The power of review is inherent in the superior courts of general jurisdiction. Among the possible grounds for guaranteed judicial review are the following:

1° want or excess of jurisdiction.

This is the sole ground of review guaranteed in the draft, which on this point appears to be a restatement of the case-law that provincially-constituted statutory tribunals cannot constitutionally be immunized from review on questions of jurisdiction.²⁷ It is not yet clear, of course, what kinds of error may be embraced within the concept of review based on jurisdiction. For example, in the *Anisminic Case*²⁸ the House of Lords observed in *obiter* that a tribunal having jurisdiction over a matter in the first instance might exceed its jurisdiction by breaking the rules of natural justice, applying a wrong legal test and answering the wrong questions, failing to take relevant considerations into account or basing a decision on legally irrelevant considerations.²⁹

2° error of law.

Review on the basis of an error of law that did not also amount to a jurisdictional defect runs the risk of being transformed into a quasi-

²⁷ *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220,236.

²⁸ *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, 171 (H.L.).

²⁹ See de SMITH's *Judicial Review of Administrative Action*, 1980, pp.110-113, and H.W.R. WADE, *Administrative Law*, 1977, pp.40-45 and GARANT, *Droit administratif*, 1981, pp.641-642 for a discussion of the concept of jurisdiction in this context.

appeal process which could be extended to the merits of the case. Certainly, it may be argued that the very purposes of conferring particular administrative responsibilities on the executive arm of government might be undermined in part if in the course of judicial review the courts could examine the very substance of administrative decisions.

3° failure to observe a principle of natural justice.

On the basis of the case law as it presently stands, failure to observe a principle of natural justice, *i.e.* in general terms the right to be heard and the rule against bias, goes to the jurisdiction of the tribunal and therefore would appear to be adequately covered by a guaranteed review for want of jurisdiction.³⁰ It may also be, although it is too early to tell from the cases, that the principle of administrative fairness is jurisdictional in nature.³¹

4° infringement or denial of any of the rights or freedoms guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

This ground for review would appear to be redundant in view of the terms of Sub-Section 24(1) of the *Charter* which reads as follows:

Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

There is also some concern that a specific reference in the *Constitution Act, 1867* to a remedy for *Charter* violations may have negative implications for Section 24 of the *Charter*.

For the reasons given above, the draft presently suggests that judicial review be granted on the bases of want or excess of jurisdiction. These grounds seem broad enough to ensure the observance of the rule of law as developed by the courts. The expressions appear to allow some considerable scope for development in order to meet changing circumstances.

7. *Request for Comments*

The Minister of Justice invites the comments of interested persons and bodies as to whether it would be opportune to pursue the question of add-

³⁰ *Bakery and Confectionery Workers International Union of America v. White Lunch Ltd*, [1966] S.C.R. 282, 295; GARANT, *op. cit.*, p.743; REID and DAVID, *Administrative Law and Practice*, 1978, p. 213.

³¹ *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Reg. Police Commrs.*, [1979] 1 S.C.R. 311, 324-335.

ing a new section to the *Constitution Act, 1867* along the lines of the draft discussed in this paper.

It may be that the law in its current state is adequate to meet the needs of Canadians. On the other hand, it may be that the provinces would be in a position to exercise better the powers ascribed to them in the Constitution if they had greater flexibility in assigning powers to provincially-appointed administrative tribunals. Yet, there may be reason to guarantee the continued existence of a superior court in each province with a certain core of jurisdiction. Comment on these and any other matters related to the suggested amendment would be most useful in determining the course of action best suited to meet the needs and protect and enhance the freedoms of Canadians.

4. La violation ou la négation de droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*

Il semble que ce motif de révision serait superflu, compte tenu du paragraphe premier de l'article 24 de la Charte, qui prévoit que:

Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Par ailleurs, l'on craint qu'une mention spécifique, dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, d'un recours en raison de la violation de la Charte risquerait d'avoir des effets négatifs sur l'application de l'article 24.

Pour les motifs susmentionnés, l'avant-projet actuel de l'article 96B suggère que le pouvoir de contrôle judiciaire soit accordé pour les motifs de défaut ou d'excès de pouvoir. Ces motifs semblent assez larges pour assurer le respect du principe de la légalité tel qu'il a été élaboré par les tribunaux. En outre, les termes employés paraissent suffisamment flexibles pour pouvoir tenir compte de l'évolution des circonstances.

7^e Commentaires

Le ministre de la Justice invite les personnes et les organismes intéressés à donner leurs commentaires quant à l'opportunité d'explorer davantage la question d'ajouter un article à la *Loi constitutionnelle de 1867*, selon l'avant-projet étudié dans le présent document.

Il se peut que le droit, dans son état actuel, corresponde déjà aux besoins des Canadiens. Par ailleurs, il se peut aussi que les provinces seraient dans une meilleure position pour exercer les pouvoirs qui leurs sont attribués par la constitution si elles jouissaient d'une plus grande latitude dans l'attribution de pouvoirs à des tribunaux administratifs dont elles peuvent nommer les membres. Toutefois, le maintien, dans chaque province, d'une cour supérieure dotée de certains pouvoirs fondamentaux pourrait aussi se justifier. Des commentaires sur ces points et sur toute autre question concernant la modification suggérée seraient très utiles pour déterminer le plan d'action le plus apte à répondre aux besoins des Canadiens tout en protégeant et en consolidant leurs libertés.

créé par une loi provinciale ne peut être constitutionnellement à l'abri du contrôle de ses décisions sur des questions de compétence.²⁷ Evidemment, on ne saurait prétendre dès maintenant énumérer avec certitude les types d'écarts qui seront compris dans la notion de défaut ou d'excès de pouvoir. Toutefois, à titre d'exemple, on citera que dans l'affaire *Anisminic*²⁸, la Chambre des lords mentionne incidemment qu'un tribunal ayant compétence en première instance peut outrepasser sa compétence en enfreignant les règles de justice naturelle, en appliquant le mauvais critère juridique et en répondant aux mauvaises questions, en ne tenant pas compte de considérations pertinentes ou en fondant sa décision sur des considérations qui ne sont pas légalement pertinentes.²⁹

2. L'erreur de droit.

Un contrôle judiciaire fondé sur une erreur de droit qui ne constituerait pas en même temps un défaut ou un excès de pouvoirs risquerait de se voir transformé en une sorte de procédure d'appel qui pourrait s'étendre au fond de l'affaire. Certes, l'on serait alors justifié de soulever que la raison d'être de l'attribution de certaines responsabilités administratives au pouvoir exécutif serait atteinte du moins en partie si lors du contrôle judiciaire les tribunaux étaient en droit d'examiner le bien-fondé de décisions administratives.

3. Le non-respect d'un principe de justice naturelle.

Si l'on tient compte de l'état actuel de la jurisprudence, le non-respect d'un principe de justice naturelle, c'est-à-dire le droit d'être entendu et la règle de l'impartialité, relève de la compétence du tribunal. Par conséquent, il semble que ce motif serait suffisamment couvert à l'intérieur du contrôle pour défaut de pouvoir.³⁰ Aussi convient-il de noter, bien que l'état actuel de la jurisprudence ne permette pas encore d'être catégorique, que le principe de l'équité dans les actes administratifs est également liée à la question de compétence.³¹

²⁷ *Crevier c. Procureur général du Québec*, *supra*, note 12, à la p. 236.

²⁸ *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 117, à la p. 171 (Chambre des lords).

²⁹ Pour une analyse de la notion de compétence dans ce contexte, voir SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, 1980, aux pp. 110 à 113, H.W.R. WADE, *Administrative Law*, 1977, aux pp. 40 à 45 et GARANT, *Droit administratif*, 1981, aux pp. 641 et 642.

³⁰ *Bakery and Confectionery Workers International Union of America c. White Lunch Ltd.*, [1966] R.C.S. 282, à la p. 295; GARANT, *op. cit.*, p. 743; REID et DAVID, *Administrative Law and Practice*, 1978, p. 213.

³¹ *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Reg. Police, Commrs.*, [1979] 1 R.C.S. 311, aux pp. 324 à 335.

accordée pour l'usage du français ou de l'anglais dans les procédures judiciaires en remplaçant les cours par des organismes ayant pouvoir de rendre la justice, dans la mesure compatible avec l'art. 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.²⁶

Le sens donné au mot «tribunal» qui traduit ici le mot «court» a été clairement étendu dans ce cas, afin que l'esprit de l'article 133 soit respecté. Il semble que l'exclusion dans l'avant-projet d'article 96B vise les «cours au sens traditionnel du terme» et non les «organismes non judiciaires ayant pouvoir de rendre la justice».

L'avant-projet prend pour acquis que nos tribunaux sauront établir des distinctions utiles entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs.

Compétence aux tribunaux administratifs

En poursuivant l'étude de l'avant-projet, on note que la compétence éventuelle des tribunaux administratifs pourrait être exclusive ou concurrente. Toutefois, elle ne pourrait être attribuée par les provinces que dans les domaines ressortissant à leur pouvoir législatif. Ces tribunaux n'auraient aucune compétence quant à l'administration des lois fédérales ni de la Constitution.

Compétence de la cour supérieure garanti par la Constitution

Le paragraphe (2) de l'article 96B consacre le pouvoir de la cour supérieure de chaque province de réviser les décisions des tribunaux administratifs dans tous les cas de défaut ou d'excès de pouvoir. En l'absence d'une telle disposition, on pourrait prétendre que la compétence intégrale des juges de la cour supérieure, y compris leur pouvoir de révision, pourrait être attribuée aux tribunaux administratifs provinciaux.

Le pouvoir de révision que l'on appelle aussi contrôle judiciaire est un principe fondamental du droit canadien qui garantit le respect du principe de la légalité. C'est un pouvoir inhérent des cours supérieures de compétence générale. Il est possible d'envisager plusieurs motifs pour lesquels la constitution pourrait garantir le contrôle judiciaire. Parmi ces motifs se trouvent les suivants:

1. Le défaut ou l'excès de pouvoir.

Il s'agit du seul motif de contrôle judiciaire retenu dans l'avant-projet qui semble vouloir reprendre la jurisprudence selon laquelle un tribunal

²⁶ *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, à la p. 1028.

Le juge Barlow de la Haute Cour de l'Ontario s'est rangé à cette opinion.²⁴

Un tribunal administratif peut exercer des pouvoirs semblables à ceux d'un tribunal judiciaire. Lord Atkin a remarqué que [Traduction] «les pouvoirs d'ordonner l'examen, l'inspection et la divulgation de documents, même s'ils sont décrits d'une manière semblable à ceux accordés à une cour de justice, ne sont pas pour autant incompatibles avec les pouvoirs d'un organisme administratif qui pourrait bien être tenu de constater les faits dont traitent ces documents.»²⁵

La Cour suprême du Canada a reconnu l'existence d'une différence entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs, à l'occasion d'une interprétation des droits que confère l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière de langue. La Cour a de fait décidé que les garanties linguistiques devaient s'étendre à certains tribunaux administratifs même si ceux-ci n'étaient pas des cours au sens que l'on donne traditionnellement à ce mot. Elle a statué comme suit :

Il faut donner un sens large à l'expression «les tribunaux de Québec» employée à l'art. 133 et considérer qu'elle se rapporte non seulement aux cours visées par l'article 96 mais également aux cours créées par la province et où la justice est administrée par des juges nommés par elle. Il n'y a pas une grande différence entre cette dernière catégorie de tribunaux et ceux qui exercent un pouvoir judiciaire, même si ce ne sont pas des cours au sens traditionnel du terme. S'il s'agit d'organismes créés par la loi qui ont pouvoir de rendre la justice, qui appliquent des principes juridiques à des demandes présentées en vertu de leur loi constitutive et ne règlent pas les questions pour des raisons de convenance ou de politique administrative, ce sont des organismes judiciaires même si certaines de leurs procédures diffèrent non seulement de celles des cours mais également de celles d'autres organismes ayant pouvoir de rendre la justice. Étant donné l'état rudimentaire du droit administratif en 1867, il n'est pas étonnant qu'il n'ait pas été question d'organismes non judiciaires ayant pouvoir de rendre la justice. Aujourd'hui, ceux-ci jouent un rôle important dans le contrôle d'un large éventail d'activités des particuliers et des sociétés en les soumettant à diverses normes de conduite qui imposent en même temps des limites à la compétence de ces organismes et au statut juridique de ceux qui relèvent de leur compétence. La province ne doit pas être à même de diminuer la garantie

²⁴ *Re Ness and Incorporated Canadian Racing Associations*, [1946] O.W.N. 54, confirmé [1946] O.R. 387.
²⁵ *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415, à la p. 428; III *Olmsted* 266, aux pp. 277-278.

ni parce qu'il entend des témoins qui ont prêté serment; 3. ni parce qu'il doit trancher un litige entre deux ou plusieurs parties qui se présentent devant lui; 4. ni parce que ses décisions affectent les droits des sujets; 5. ni parce que ses décisions peuvent être portées en appel devant un tribunal judiciaire; 6. ni parce qu'il est un organisme à qui une question a été renvoyée par un autre organisme. Voir *Rex v. Electricity Commissioners* ([1924] 1 K.B. 171).²¹

M. le juge d'appel Dennistoun a par la suite approuvé cette définition négative dans un arrêt manitobain.²²

La Cour d'appel de l'Ontario a donné une définition plus complète d'un tribunal administratif par opposition à un tribunal judiciaire ou une cour en citant un extrait d'une étude de D.M. Gordon, intitulée «Administrative Tribunals and the Courts». M. le juge d'appel Masten déclarait:

[Traduction]

Un savant auteur a bien souligné la distinction qu'il faut faire entre un tribunal judiciaire et un tribunal administratif dans 49 *Law Quarterly Review* aux pp. 106, 107 et 108:

Un tribunal qui administre la justice, c'est-à-dire tout tribunal judiciaire, s'intéresse aux droits et aux obligations conférés ou imposés par la loi. La loi comprend le droit statuaire et les principes établis depuis longtemps. Ces droits et obligations sont considérés par un tribunal judiciaire comme préexistants; son rôle se limite donc à en constater l'existence et à leur donner vigueur; il enquête sur les faits en entendant la preuve (qu'il apprécie en se fondant sur des règles établies depuis longtemps) et examine le droit en consultant la jurisprudence. Il ne peut, en théorie, refuser de reconnaître et d'appliquer des droits et des obligations dont l'existence a été ainsi constatée, et aucun tribunal judiciaire ne s'attribuerait un tel pouvoir de refus.

Par contre, les tribunaux non judiciaires appelés 'administratifs' ont toujours fait reposer leurs décisions et leurs ordonnances, non sur des droits et des obligations, mais sur des raisons d'opportunité et de politique.

Le tribunal judiciaire recherche la loi pour lui servir de guide; le tribunal administratif, dans son domaine, est la loi même.²³

²¹ *Idem*, p. 297.

²² *In re Farmers Creditors Arrangement Act, 1934*, [1937] 1 W.W.R. 535, à la p. 537 (C.A. Man.).

²³ *Re Ashby et al.*, [1934] O.R. 421, à la p. 421. (C.A. Ont.)

(2) Any decision of a tribunal, board, commission or Review by a superior court authority on which any jurisdiction of a superior court is conferred under subsection (1) is subject to review by a superior court of the Province for want or excess of jurisdiction.

La suggestion visant à introduire le nouvel article 96B permettrait aux provinces d'attribuer à leurs tribunaux, organismes ou autres autorités non judiciaires une compétence analogue à celle d'une cour supérieure en ce qui a trait à l'application des lois provinciales. Les cours supérieures continueraient néanmoins à jouer leur rôle fondamental qui consiste à exercer un pouvoir de surveillance visant à assurer le respect du principe de la légalité.

Il convient d'examiner certains aspects du projet de façon plus approfondie.

«Autorité non judiciaire»

L'autorité ou le tribunal bénéficiaire de l'amendement ne devrait pas être une autorité «judiciaire» ou une cour; il s'agira, le plus souvent, de ce qu'il est convenu d'appeller un «tribunal administratif». Il ne saurait en être autrement sinon les fondements de l'article 96 pourraient éventuellement être sapés par un transfert complet des fonctions de la cour supérieure au profit d'une autre cour. Il y a lieu de se demander si l'avant-projet est rédigé de manière à assurer aux cours supérieures une protection suffisante.

Le mot «judiciaire» semble avoir acquis en jurisprudence une connotation propre bien que l'on ait trouvé difficile de lui attribuer une définition précise. L'apparence n'est pas nécessairement déterminant puisqu'il semblerait que même lorsque les tribunaux administratifs ont à peu de chose près les mêmes attributs extérieurs que les tribunaux judiciaires, il est possible de les différencier les uns des autres. Le fait d'exercer une fonction judiciaire n'est pas le seul critère puisqu'un [Traduction] «tribunal peut exercer une fonction judiciaire tout en demeurant un tribunal administratif par opposition à une cour au sens strict.»²⁰ Dans un arrêt de principe, le Conseil privé déclara:

[Traduction]

Il conviendrait peut-être de citer certaines propositions négatives sur ce sujet: 1. un tribunal n'est pas nécessairement judiciaire au sens strict que l'on donne à ce mot parce qu'il rend un décision finale; 2.

²⁰ *Shell Co. of Australia v. Federal Commissioner of Taxation*, [1931] A.C. 275, à la p. 298 (C.P.), Lord Sankey.

d'ailleurs été discutée lors de diverses conférences constitutionnelles tenues depuis 1978.

Il conviendrait peut-être de mentionner certains principes qui ont été proposés à l'occasion de ces discussions et qui ont sembler jour d'un important appui de la part des provinces. Suivant ces principes, la Constitution devrait

- (1) garantir l'existence d'une cour supérieure de compétence générale dans chacune des provinces;
- (2) garantir l'indépendance des tribunaux judiciaires;
- (3) permettre aux provinces de créer des organismes chargés d'administrer l'application de leurs lois;
- (4) enchaîner le pouvoir de contrôle des cours supérieures de compétence générale; et
- (5) prévoir l'existence d'un système unifié pour l'administration de la justice.

Au cours de ces discussions, un nouvel article 96B de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été rédigé sous forme d'avant-projet d'amendement, dans le but d'aider les participants à concentrer leur vues. Les représentants du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux se sont penchés sur les principes contenus au projet. Le ministre de la Justice du Canada a, pour sa part, décidé d'engager des consultations publiques en vue d'obtenir d'autres avis sur le problème.

Le nouvel article serait ainsi rédigé:

96B. (1) Par dérogation à l'article 96, la législature d'une province peut, dans les domaines ressortissant à son compétence par les législatures aux autorités administratives pouvoir législatif, attribuer compétence concurrente ou exclusive à tout tribunal, organisme ou autre autorité non judiciaire constituée en vertu d'une loi de la province.

(2) Les décisions des autorités à qui a été attribuée compétence de cour supérieure en vertu du paragraphe (1) sont susceptibles de révision par une cour supérieure de la province pour défaut ou excès de pouvoir.

96B. (1) Notwithstanding section 96, the Legislature of each Province may confer on any tribunal, board, commission or authority, other than a court, established pursuant to the laws of the Province, concurrent or exclusive jurisdiction in respect of any matter within the legislative authority of the Province.

Power of
Legislature to
confer
jurisdiction on
tribunals, etc.

Pouvoir des
cours
supérieures

Attribution de
compétence par
les législatures
aux autorités
administratives

par l'article 96; (2°) les fonctions conférées à la Commission du logement sont essentiellement judiciaires; et (3°) la fonction principale de la Commission consiste à régler les différends en tenant des audiences entre les propriétaires et les locataires, et aucune des autres dispositions de la loi ne crée un ensemble législatif dans lequel cette fonction puisse être englobée au profit d'un dessein d'ordre administratif. Les pouvoirs conférés à la Commission entraient donc en conflit avec l'article 96.

Cet énoncé du cheminement à suivre lorsque l'article 96 est en cause réduit le degré de confusion qui entourait autrefois ces questions. En reconnaissant que les objectifs de politique législative constituent un facteur de validité de l'attribution d'un pouvoir ou d'une fonction, l'énoncé contribue grandement à limiter les effets de l'article 96, sauf lorsque l'on tente manifestement d'en contourner le principe.

5. *Résumé de la position actuelle*

Selon ces arrêts, il semblerait que les provinces puissent maintenant instituer des tribunaux administratifs et leur donner des pouvoirs déclaratoires pourvu que ces pouvoirs soient simplement accessoires à une fonction administrative ou nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs politiques de la législation.

La fonction de régler des différends attribuée à la Commission du logement n'était pas accessoire à une fonction administrative. Le droit exclusif du Tribunal des professions d'entendre les appels des décisions rendues par les comités de discipline et celui du Tribunal des transports du Québec d'entendre les appels des décisions rendues par la Commission des transports n'étaient pas nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs politiques de la législation.

Certaines provinces continuent néanmoins à voir l'article 96 d'un mauvais oeil pour plusieurs raisons. L'incertitude entourant le pouvoir des provinces de conférer des pouvoirs efficaces aux tribunaux dont elles nomment les membres constituent pour elle une préoccupation importante. Certaines estiment qu'il est fâcheusement anachronique d'employer de quelque façon que ce soit les pouvoirs conférés avant 1867 aux tribunaux visés à l'article 96 comme facteur pour juger de la validité d'un tribunal administratif. D'autres souhaiteraient que leur législation soit tout à fait libre de décider devant quels fors et sur quelles bases les décisions de leurs tribunaux administratifs pourront être révisées.

6. *Modification suggérée pour la Loi constitutionnelle de 1867*

La question de l'article 96 préoccupe les procureurs généraux et les ministres de la Justice de tout le Canada depuis un certain temps. Elle a

justifier comme faisant partie d'un mécanisme institutionnel pour la réglementation de la conduite des diverses professions, et pour ce motif l'affaire en cause se distinguait de l'affaire *Tomko*.¹⁶

Enfin, la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*¹⁷ de l'Ontario fit l'objet d'un renvoi constitutionnel de grande importance. Elle établissait une Commission du logement dont la principale fonction consistait à régler les différends entre propriétaires et locataires, en dernier ressort, au moyen d'audiences de type judiciaire. Les pouvoirs conférés à la Commission comprenaient notamment le pouvoir d'évincer les locataires de locaux d'habitation et d'exiger que propriétaires et locataires se conforment aux obligations que la Loi leur imposait. Dans un renvoi émanant du Conseil exécutif de l'Ontario, la Cour d'appel de cette province¹⁸ a déclaré inconstitutionnelle l'attribution de ces pouvoirs. La Cour suprême du Canada a confirmé cette décision.¹⁹ Cette dernière semble avoir voulu saisir l'occasion pour exposer son avis sur la portée générale de l'article 96. Elle a institué un critère en trois étapes pour déterminer la validité d'une disposition provinciale qui accorde des pouvoirs à un tribunal dont les membres sont nommés par une province :

1° Le pouvoir correspond-il à la compétence qu'exerçaient auparavant les cours visées à l'article 96? Si non, la loi est constitutionnelle. Par contre, si ce pouvoir est identique ou analogue à un pouvoir que les cours visées à l'article 96 exerçaient au moment de la Confédération, il convient alors passer à la deuxième étape.

2° La fonction peut-elle toujours être considérée comme une fonction «judiciaire» lorsqu'elle est envisagée dans son cadre institutionnel? Si ce n'est pas le cas, la loi est constitutionnelle; mais si l'on répond par l'affirmative, il faut passer à la troisième étape.

3° Si le pouvoir ou la compétence s'exercent d'une manière judiciaire, sont-ils simplement complémentaires ou accessoires aux fonctions administratives générales du tribunal, ou encore nécessaires à la réalisation des objectifs plus larges de la législature, ce qui en assurerait la validité; ou bien sont-ils la seule fonction ou la fonction principale du tribunal, ce qui les rendrait invalides?

Après avoir appliqué les critères susmentionnés, la Cour suprême a statué que (1°) le pouvoir de décerner des ordres comme les ordonnances d'éviction contestées relève historiquement de la compétence des cours visées

¹⁶ *Idem*, p. 233.

¹⁷ 1979 (Ont.), c. 78.

¹⁸ (1980) 26 O.R. (2d) 609; 105 D.L.R. (3d) 193.

¹⁹ [1981] 1 R.C.S. 714.

tué que la province était allée plus loin en faisant disparaître le pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures, et que de la sorte elle avait porté atteinte aux dispositions de l'article 96.

Par la suite, dans l'arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec*¹², la Cour suprême du Canada eut à se pencher sur l'article 162 du *Code des professions*¹³ de la province de Québec. Cet article établit le Tribunal des professions comme tribunal général d'appel des décisions des comités de discipline des 38 professions visées par le Code. Cet article prévoit ce qui suit:

Est institué un Tribunal des professions formé de six juges de la Cour provinciale désignés par le juge en chef de cette Cour; celui-ci désigne parmi eux un président.

Il y a appel devant ce tribunal de toute décision d'un comité de discipline, par le plaignant ou l'intimé.

En vertu de l'article 175 du Code, le Tribunal des professions était habilité à confirmer, modifier ou infirmer toute décision qui lui était soumise et à rendre la décision qui, à son jugement, aurait dû être rendue en premier lieu. Ces pouvoirs s'étendaient en fait à des questions de droit ou de fait et de compétence. Les décisions du tribunal étaient sans appel.

La Cour suprême a estimé que l'aménagement de la Loi était contraire à l'article 96. Le juge en chef a déclaré:

A mon avis, chaque fois que le législateur provincial prétend soustraire l'un des tribunaux créés par la loi à toute révision judiciaire de sa fonction d'adjudger, et que la soustraction englobe la compétence, la loi provinciale doit être déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle a comme conséquence de faire de ce tribunal une cour au sens de l'article 96.¹⁴

C'était la première fois que la Cour suprême déclarait sans équivoque qu'un tribunal créé par une loi provinciale ne pouvait pas être constitutionnellement mis à l'abri du contrôle de ses décisions sur des questions de compétence.¹⁵

La Cour suprême a également décidé que le Tribunal des professions n'avait pas d'autre fonction que celle d'un tribunal d'appel à l'égard de toutes les professions visées par le Code. Cette compétence ne pouvait se

¹² [1981] 2 R.C.S. 220

¹³ L.R.Q. 1977, c. C-26

¹⁴ *Supra*, note 12, à la p. 234

¹⁵ *Idem*, p. 236, voir les paroles de M. le juge en chef Laskin.

dité de l'article 49 du *Trade Union Act*⁸ de la Nouvelle-Ecosse qui autorise la Commission des relations de travail de cette province et son organe auxiliaire, le Comité de l'industrie de la construction, à décerner des ordres de faire et des ordres de ne pas faire relativement à une grève ou un lock-out interdits par la Loi, ou encore à un conflit de juridiction portant sur la répartition des tâches. On avait soutenu que le pouvoir de décerner des ordres de ne pas faire et des ordres impératifs équivalait au pouvoir d'accorder des injonctions, un domaine réservé traditionnelle-ment à la cour supérieure. Cependant, ayant considéré la question dans le contexte de la Loi qui visait à favoriser le déploiement d'efforts soutenus en vue du règlement des conflits de travail, tant avant qu'après la déli-vrance des ordres en question, la Cour suprême a décidé que le pouvoir conféré par l'article 49 de décerner des ordres ne violait pas les principes reliés à l'interprétation de l'article 96, car il visait uniquement à redresser une situation et devait donc bénéficier d'une interprétation large afin d'aider l'organisme administratif à provoquer ou à forcer un règlement du conflit qui avait mené à l'activité déclarée illégale aux termes du *Trade Union Act*. Ce furent les mesures administratives qui constituaient le contexte de la disposition contestée, et non la disposition elle-même, qui ont servi à déterminer sa validité.

Le paragraphe 58 a) de la *Loi des transports*⁹ de la province de Québec fut l'objet d'un second arrêt récent d'importance considérable, l'affaire *Procureur général du Québec c. Farrah*. Ce paragraphe accorde au Tri-bunal des transports de la province «juridiction pour connaître et dispo-ser, exclusivement à tout autre tribunal, en appel, sur toute question de droit, de toute décision de la Commission [des transports] qui termine une affaire». La Cour supérieure et la Cour d'appel¹⁰ du Québec ont décidé que cette juridiction d'appel exclusive et finale sur toute question de droit était inconstitutionnelle parce qu'elle s'opposait à l'article 96: on avait conféré au Tribunal des transports une compétence qui ne pouvait être exercée que par une cour supérieure. La Cour suprême du Canada a confirmé cette décision.¹¹ Elle a déclaré qu'une province pouvait conférer à un organisme administratif, ayant des attributions judiciaires, le pou-voir de trancher des questions de droit dans l'exercice du pouvoir qu'il tient d'une loi de réglementation provinciale valide, et qu'elle pouvait aussi établir, dans le cadre d'une réglementation valide, un tribunal administratif d'appel investi du pouvoir de trancher des questions de droit dans l'exercice de sa juridiction d'appel sur les décisions de tribunaux administratifs de première instance. Cependant, la Cour suprême a sta-

⁸ 1972 (N.-E.), c.19

⁹ L.Q. 1972, c. 55.

¹⁰ [1976] C.A. 467.

¹¹ [1978] 2 R.C.S. 638.

ralement exercer, au moment de la Confédération, les cours de juridiction sommaire plutôt qu'à celle qui était alors exercée par des cours qui tombent maintenant dans le champ d'application de l'article 96.

Dans l'arrêt *John East*³, le Conseil privé a étudié la position des tribunaux administratifs provinciaux à l'occasion d'un examen du pouvoir conféré au Saskatchewan Labour Relations Board (la Commission des relations de travail de la Saskatchewan) d'ordonner la réintégration d'un employé. Le Conseil privé a fait siens les motifs exprimés dans le *Renvoi sur l'Adoption Act*, tout en en modifiant légèrement les critères. Il a statué qu'il fallait déterminer *a*) si la Commission exerçait des pouvoirs judiciaires; et, le cas échéant, *b*) si en exerçant de tels pouvoirs, elle était un tribunal semblable à une cour supérieure, une cour de district ou une cour de comté. Ces critères sont considérés comme étant plus favorables aux tribunaux administratifs provinciaux parce qu'ils semblent mieux adaptables à des besoins changeants.⁴

Bien que les tribunaux s'en sont remis assez régulièrement aux critères susmentionnés, la flexibilité dont ils ont eu à faire preuve pour permettre la poursuite d'objectifs provinciaux légitimes a rendu difficile l'appréciation précise de ce qui est analogue à ce qu'était une cour supérieure en 1867.⁵ On a pu dire que les tribunaux ont fréquemment tenu compte du contexte dans lequel un pouvoir contesté était exercé, et qu'ils l'ont souvent reconnu légitime au motif qu'il était partie intégrante de ce contexte. Il semble qu'il soit maintenant accepté que les tribunaux administratifs dont les membres sont nommés par les provinces puissent valablement exercer leurs pouvoirs pourvu qu'ils soient des organismes principalement administratifs et non des organes judiciaires, et pourvu que l'exercice de ces pouvoirs soit purement accessoire à une mise en oeuvre efficace d'une politique de la législation.⁶ L'étude de quelques uns des arrêts récents de la Cour suprême servira à actualiser davantage l'examen de l'état du droit.

D'abord, dans l'arrêt *Tomko c. Labour Relations Board* (Nouvelle-Ecosse),⁷ la Cour Suprême devait se prononcer principalement sur la vali-

³ *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works*, [1949] A.C. 134, 111 Olms-led 557.
⁴ Voir en ce sens *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, aux pp. 730 et 731.

⁵ Comparez *Johnson c. Procureur général de l'Alberta*, [1954] R.C.S. 127; *City of Toronto c. Olympia Edward Recreation Club*, [1955] R.C.S. 454; *Dupont c. Inglis*, [1958] R.C.S. 535; *Procureur général de l'Ontario et Display Service Co. c. Victoria Medical Bldg.*, [1960] R.C.S. 32; *Procureur général de la Colombie-Britannique c. McKenzie*, [1965] R.C.S. 490; *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681.
⁶ *BRUN et TREMBLAY, Droit constitutionnel*, 1982, aux pp. 507 et 508.
⁷ [1977] 1 R.C.S. 112.

L'article 96 est donc vu comme une garantie de l'indépendance des tribunaux qu'il vise. Liée à la situation privilégiée de ces tribunaux et peut-être même à cause d'elle, eut lieu une reconnaissance graduelle du fait que les cours supérieures tout au moins ne pouvaient être privées constitutionnellement de certains pouvoirs de surveillance nécessaires pour assurer le respect de la constitution.¹ Il faut donc étudier avec soin toute modification que l'on se propose d'apporter à l'article 96, pour s'assurer que le rôle particulier accordé aux cours supérieures n'est pas touché de façon induc.

3. *Préoccupations des gouvernements provinciaux*

Plusieurs gouvernements provinciaux, tout en reconnaissant le principe général de l'indépendance judiciaire et l'importance du rôle attribué à la cour supérieure, trouvent l'article 96 trop restrictif. En effet, non seulement cet article est-il la source du pouvoir de nomination accordé aux autorités fédérales, mais aussi on y a trouvé une limitation implicite au pouvoir qu'ont les législatures provinciales de conférer des fonctions à des tribunaux administratifs. Lorsque ces fonctions sont considérées comme relevant essentiellement des cours supérieures, leur attribution à un tribunal administratif est invalide car on estime qu'il y a de ce fait création d'une autre cour supérieure dont les membres sont nommés non pas par le gouverneur général conformément à l'article 96, mais par les autorités provinciales. On affirme qu'une telle restriction lie indûment les mains des provinces dans le choix des techniques et des instruments dont elles peuvent se servir pour l'application de leurs lois. On avance de plus que la nature et l'étendue de cette limitation sont pour le moins difficiles à définir, ce qui entraîne l'incertitude auprès des administrations provinciales. L'examen de quelques uns des arrêts de principe relatifs à l'article 96 sera utile pour peser ces préoccupations.

4. *Jurisprudence portant sur l'article 96*

Dans le *Renvoi sur l'Adoption Act*,² ancienne décision de principe portant sur l'article 96, la Cour suprême du Canada a statué que bien que la compétence des tribunaux d'instance inférieure n'ait pas été circonscrite par les limites existant en 1867, et que son accroissement de même que l'établissement de nouvelles cours dont les membres seraient nommés par les provinces n'excédât pas l'autorité législative de ces dernières, la nouvelle compétence devait correspondre en gros à celle que pouvaient gérer

¹ Voir, par exemple, les arrêts *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, à la p. 236, et *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, (1982) 137 D.L.R. (3d) 1, aux pp. 16 et 17.
² [1938] R.C.S. 398

LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS PROVINCIAUX ET LA CONSTITUTION

1. *Nature et extension des tribunaux administratifs*

Les cinquante dernières années ont vu les tribunaux administratifs prendre une importance considérable au Canada comme dans la plupart des autres pays qui ont des systèmes de droit semblables aux nôtres. On les retrouve en grand nombre dans les structures gouvernementales fédérales et provinciales. Ils se composent d'une ou de plusieurs personnes et exercent les pouvoirs les plus divers. Ils sont souvent créés pour régler des problèmes sociaux et économiques nouveaux, ou encore pour résoudre d'anciens problèmes d'une façon qui n'aurait pas été familière aux pères de la Confédération de 1867.

Ce document de travail étudiera la position des tribunaux administratifs créés par les provinces, et plus particulièrement ceux auxquels les législatures provinciales souhaitent conférer des pouvoirs de nature judiciaire. En raison de certaines dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et notamment de son article 96, des limites ont été imposées aux pouvoirs discrétionnaires dont jouissent les provinces quant à la création de tribunaux et d'organismes chargés de l'application de leurs lois.

2. *L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867*

Voici le texte de l'article 96:

96. Le gouverneur général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification en Nouvelle-Ecosse et au Nouveau-Brunswick.

Alors que ce sont les autorités fédérales qui nomment les juges des cours provinciales visées à l'article 96, ce sont les législatures provinciales qui voient à la création, au maintien et à l'organisation de ces tribunaux conformément au paragraphe 92[14] de cette même *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette dualité de régime, selon laquelle les deux paliers de gouvernement participent au fonctionnement des cours supérieures, de district ou de comté, renforce l'apparence d'indépendance de ces tribunaux. Cette indépendance est consolidée par d'autres articles de cette loi, particulièrement par l'article 99, qui assure le caractère inamovible des juges des cours supérieures, et par l'article 100 qui dispose que le Parlement fixe et paye les salaires des juges de toutes les cours régies par l'article 96.

LA CONSTITUTION DU CANADA

AVANT-PROJET DE MODIFICATION RELATIVE
AUX TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS PROVINCIAUX

Document de travail

L'honorable Mark MacGuigan, C.P., c.r., député
Ministre de la Justice et Procureur général du Canada

Août 1983

L'honorable Mark MacGuigan, C.P., c.r., député
Ministre de la Justice et Procureur général du Canada

Document de travail

AVANT-PROJET DE MODIFICATION RELATIVE
AUX TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS PROVINCIAUX

LA CONSTITUTION DU CANADA

